

PAPER N. 11

Ordinanza 14 febbraio
2018 (c.d. Caso Cappato):
prospettive interne ed
elementi di
sovranazionalità

FEDERICO CHESINI

Trento BioLaw Selected Student Papers

I paper sono stati selezionati a conclusione del corso *BioLaw: Teaching European Law and Life Sciences (BioTell)* a.a. 2018-2019, organizzato all'interno del Modulo Jean Monnet "BioLaw: Teaching European Law and Life Sciences (BioTell)", coordinato presso l'Università di Trento dai docenti Carlo Casonato e Simone Penasa.

Ordinanza 14 febbraio 2018 (c.d. Caso Cappato): prospettive interne ed elementi di sovranazionalità

*Federico Chesini**

ABSTRACT: In the last few months, the story of Fabiano Antoniani (better known as DJ Fabo) has reignited the debate about assisted suicide in Italy. After Antoniani's death, Marco Cappato, who had driven him to Switzerland, was prosecuted for the crime prescribed by article 580 of the Italian Criminal Code. The Court of Assizes, during the trial, questioned the constitutionality of this rule. While waiting for the sentence of the Constitutional Court, this work aims to give a brief analysis of the interests that play a role in the case, of the decree of the Court of Assizes and of the international influences that could somehow affect the issue.

KEY-WORDS: assisted suicide; Marco Cappato; Constitutional Court; European Court of Human Rights; patients' mobility

SOMMARIO: 1. Introduzione: la mobilità transfrontaliera dei pazienti nell'Unione Europea - 1.1. Cenni di disciplina, limiti e relative conseguenze - 1.2. Un esempio paradigmatico: la procreazione medicalmente assistita eterologa - 1.3. Law in action: il c.d. caso Cappato - 2. Caso Cappato: il fatto - 2.1. Caso Cappato: il contesto normativo - 3. L'ordinanza 14 febbraio 2018 - 4. L'influenza della comparazione - 4.1. La giurisprudenza della CEDU - 4.2. Le peculiarità della disciplina svizzera - 4.3. Una prospettiva: suicidio assistito e libertà di circolazione - 5. Conclusioni

1. Introduzione: la mobilità transfrontaliera dei pazienti nell'Unione Europea

Il "turismo medico" rappresenta oggi, senza ombra di dubbio, un fenomeno assolutamente globale. Esso può essere descritto come il processo per mezzo del quale milioni di pazienti, ogni anno, si spostano dal proprio Stato di residenza con lo scopo di ricevere assistenza medica¹. Numerose e varie sono le ragioni alla base di queste fenomeni: esse spaziano dalla volontà di evitare lunghe liste d'attesa al risparmio, dal desiderio di privacy durante la convalescenza alla possibilità di combinare trattamento e vacanza², dalla sempre maggiore informazione in materia fino alla ricerca di trattamenti nel Paese di residenza non comuni, inesistenti o vietati. Tra l'altro, queste motivazioni hanno fatto sì che il fenomeno, originariamente riferito agli spostamenti di pazienti verso Stati più sviluppati, veda oggi spesso una inversione di tendenza, considerati in non pochi casi in cui il movimento va invece in senso opposto. I numeri di questa realtà hanno fatto sì che alcuni Paesi si siano, in un certo senso, specializzati nel fornire tale tipo di assistenza: hanno dichiarato il "turismo medico" come una industria nazionale circa cinquanta Stati, tra cui spiccano Israele, Cina, Filippine,

* Studente della Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

¹ D. B. NGUYEN, J. GAINES, *Medical Tourism*, in *CDC Health Information for International Travel (c.d. Yellow Book)*, Chapter 2: *The Pretravel Consultation*.

² Come suggerito in F. ABADI, I. SAHEBI, A. ARAB, A. ALAVI, H. KARACHI, *Application of best-worst method in evaluation of medical tourism development strategy*, in *Decision Science Letters*, Volume 7/2018, p. 77-86.

Singapore e Thailandia³. Nel tentativo di misurare il fenomeno, *Patients Beyond Borders* - fondazione che si occupa di fornire informazioni per pazienti transfrontalieri - nel 2017 ha stimato la dimensione di questo mercato in una cifra tra i 45.5 ed i 72 miliardi di dollari all'anno⁴.

Risulta evidente come tale fenomeno non possa essere esente da rischi, tanto per i pazienti, quanto per i servizi sanitari nazionali. Considerato che gli studiosi di questo fenomeno ritengono, sostanzialmente in modo unanime, che il mercato è in crescita e rimarrà tale, sempre più necessaria si rivelerà la presenza di regolamentazioni per gestire la situazione. In questa ottica è certamente da leggersi la composita disciplina di cui si è dotata l'Unione Europea in materia, la quale passa sotto il nome di Cross-Border Healthcare.

1.1. Cenni di disciplina, limiti e relative conseguenze

Come accennato, la disciplina della Cross-Border Healthcare sul territorio dell'Unione non è delle più semplici e si snoda tra più fonti normative. Tenuto conto che una sua analisi complessiva richiederebbe sicuramente una trattazione separata e ben più approfondita, si opera un nuovo rinvio ad altre sedi⁵, mentre si cercherà ai nostri fini di darne alcuni cenni ricostruttivi (in modo indubbiamente semplicistico) di un quadro generale.

In chiave storica, dagli anni Settanta, per attuare la libertà fondamentale di circolazione dei lavoratori, l'Unione Europea ha avviato un percorso di riconoscimento, a livello comunitario, di una serie di diritti di sicurezza sociale, nonché di avvicinamento dei sistemi di previdenza nazionale⁶. In particolare, si prevedeva la possibilità per un lavoratore di richiedere cure programmate in uno Stato membro diverso da quello di residenza, previa autorizzazione di quest'ultimo (art. 22, Regolamento CEE 1408/71). Tale normativa sarebbe poi stata sostituita dal Regolamento CE 883/2004, tuttora vigente, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri: l'art. 20 del suddetto Regolamento statuisce che una persona soggetta ad un servizio di sicurezza sociale nazionale, se autorizzata, può recarsi in uno Stato membro diverso da quello

³ In tal senso S. BANERJEE, S. S. NATH, N. DEY, H. ETO, *Global Medical Tourism: a review*, in *Medical Tourism: breakthroughs in research and practice*, Hershey PA, USA, 2018.

⁴ Le stime in materia sono inevitabilmente imprecise, considerata la difficoltà nel trovare dati davvero completi e le differenze nella definizione del fenomeno. Per esemplificare, nelle loro analisi gli editori di *Patients Beyond Borders* non tengono in considerazione persone espatriate, turisti che si trovano ad avere la necessità di assistenza medica ed accompagnatori di pazienti transfrontalieri. Per le statistiche in questione si rimanda al sito dell'organizzazione: <https://patientsbeyondborders.com/medical-tourism-statistics-facts> (ultima consultazione 14/12/2017).

⁵ Ad esempio, per un esame ed un commento ben più approfondito del sistema, nonché delle sentenze che verranno citate, si veda L. BUSATTA, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, in *DPCE online*, n. 3/2015.

⁶ Il riferimento è al Regolamento CEE 1408/71, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, ed al successivo Regolamento CEE 574/72, che ne stabilisce le modalità di applicazione.

di residenza per ricevere cure, e ciò «per conto dell'istituzione competente» (dunque a spese dell'istituzione stessa che la ha autorizzata). La stessa norma aggiunge che l'autorizzazione deve essere concessa «qualora le cure di cui si tratta figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui risiede l'interessato e se le cure in questione non possono essergli praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia».

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è trovata ad intervenire più volte sul tema - e ciò nonostante l'Unione non abbia competenza in materia sanitaria, espressamente riservata agli Stati Membri. La Corte di Giustizia, in particolare, ha affermato che la richiesta di una previa autorizzazione ai fini di un rimborso da parte del servizio sanitario nazionale costituisce «restrizione» alla libertà di circolazione dei servizi sul territorio dell'Unione ex art. 56 TFUE⁷; ciò quantomeno con riferimento ai servizi non ospedalieri⁸. Queste restrizioni, peraltro, possono essere giustificate per «motivi imperativi di interesse generale», quali certamente l'obiettivo di garantire e mantenere un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile: in ogni caso, ha specificato successivamente⁹ la Corte, per essere giustificabili le restrizioni alla libertà di circolazione dei servizi devono essere proporzionate e fondate su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo. Così, ad esempio, i meccanismi di programmazione e pianificazione sanitaria (quali le lista d'attesa) sono considerati legittimi, anzi, necessari dalla Corte, ma il sistema nel suo complesso deve essere in grado di fornire la prestazione medica entro un "tempo accettabile", inteso non in termini assoluti, ma in considerazione della situazione concreta dell'interessato¹⁰.

L'ampia elaborazione giurisprudenziale in materia ha in parte contribuito ad alimentare un quadro giuridico incerto. Così, il legislatore europeo ha ritenuto opportuno intervenire con un nuovo testo normativo: la Direttiva 2011/24/UE, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera (c.d. *Patients Rights Directive*). Gli scopi che il testo in questione si poneva erano appunto quelli di codificare il *case law* e di chiarire alcuni punti ancora controversi, fornendo un quadro il più possibile generale della materia, senza peraltro intaccare la vigenza del Regolamento 883/2004 (come la direttiva stessa specifica). Dopo aver elencato i doveri dello Stato membro di cura e di quello di affiliazione (ossia

⁷ Così la sentenza CGUE, 28 aprile 1998, causa C-158/96, Kohll: «Benché la normativa nazionale oggetto della causa principale non privi gli assicurati della facoltà di rivolgersi a un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, cionondimeno essa subordina ad un'autorizzazione previa il rimborso delle spese sostenute in questo Stato e nega tale rimborso agli assicurati che non siano muniti di questa autorizzazione. Le spese sostenute nello Stato d'iscrizione non sono invece soggette alla detta autorizzazione. Di conseguenza, una normativa siffatta scoraggia gli assicurati dal rivolgersi ai prestatori di servizi medici stabiliti in un altro Stato membro e costituisce, sia per questi ultimi sia per i loro pazienti, un ostacolo alla libera prestazione dei servizi».

⁸ Si vedano le sentenze CGUE, 28 aprile 1998, causa C-158/96, Kohll e 28 aprile 1998, causa C-120/95, Decker, relative rispettivamente ad una prestazione odontoiatrica ed una ottica.

⁹ Sentenze CGUE, 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Geraets-Smits and Peerbooms*, e 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*.

¹⁰ Di nuovo sentenza CGUE 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, ma anche sentenza CGUE, 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*.

quello al cui servizio sanitario il paziente è affiliato), la Direttiva afferma il principio per cui «lo Stato membro di affiliazione assicura che i costi sostenuti da una persona assicurata che si è avvalsa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera siano rimborsati, se l'assistenza sanitaria in questione è compresa tra le prestazioni cui la persona assicurata ha diritto nello Stato membro di affiliazione»: tale regola generale soffre tuttavia altre eccezioni, che si possono ricondurre al rispetto del Regolamento 883/2004 ed alla possibilità, per lo Stato di affiliazione, di prevedere un sistema di previa autorizzazione in determinati casi¹¹. Dalla direttiva (attuata in Italia con il d.lgs. 38/2014) pare emergere un modello di assistenza indiretta, i cui rapporti con le disposizioni del Regolamento 883/2004 sono, in realtà, dubbi: sembra profilarsi, difatti, una sorta di "doppio binario", nel cui ambito i testi in questione costituiscono due poli certamente non contrapposti, ma nemmeno pienamente corrispondenti. In attesa di qualche pronuncia della Corte di Giustizia che chiarisca l'interpretazione da darsi al sistema, quel che si può dire in questa sede è che la Direttiva 2011/24/UE non sembra - a chi scrive - aver semplificato una disciplina apparentemente sempre più stratificata¹².

In ogni caso, un elemento che è sempre rimasto una costante è il limite insito alla circolazione dei pazienti nel territorio dell'Unione Europea: il rimborso è, difatti, sempre condizionato al fatto che il trattamento di cui il paziente necessita sia garantito (anche) dal sistema sanitario di iscrizione. Qualcuno potrebbe provare a sostenere, in realtà, il limitato superamento, almeno per casi specifici, di questo elemento per mezzo di una delle ultime sentenze della Corte del Lussemburgo in materia. Nel caso Elchinov (C-173/09), difatti, la Corte di Giustizia si è trovata a pronunciarsi sul diritto al rimborso in capo ad un cittadino bulgaro che si era sottoposto ad un trattamento in Germania e si era poi vista rifiutare l'autorizzazione (preventivamente chiesta, ma poi non attesa), dal momento che quella prestazione non rientrava tra le terapie previste dalla disciplina bulgara. Tuttavia, il ragionamento della Corte, nel caso in questione, fu diverso¹³: nell'avallare l'interpretazione fornita dal sig. Elchinov, essa faceva notare che la disciplina bulgara conteneva semplicemente una definizione generica dei trattamenti suscettibili di richiesta di cure transfrontaliere, pertanto per il sig. Elchinov sarebbe stato sufficiente dimostrare che quello da lui ricevuto fosse riconducibile

¹¹ Si tratta, in particolare, di casi che erano già stati individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: quello in cui l'assistenza «risponda ad esigenze di pianificazione, aventi come obiettivo quello di assicurare la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o di evitare ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane»; quello in cui sussiste un rischio particolare per il paziente o per la popolazione; quello in cui l'assistenza sanitaria sia «prestata da un prestatore che, all'occorrenza, potrebbe suscitare gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità o alla sicurezza dell'assistenza sanitaria» (art. 8, par. 2, Direttiva 2011/24/UE).

¹² Per quanto riguarda il tema delle sfide all'integrazione europea che il sistema sembra porre si effettua un nuovo rinvio a L. BUSATTA, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, in DPCE online, n. 3/2015.

¹³ Vedasi M. CAPPELLETTI, *La mobilità sanitaria in Europa: tra casi giurisprudenziali e previsioni normative. Il recente caso Petru della Corte di Giustizia*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2015; nonché L. BUSATTA, *Nota alla sentenza C-268/13, Petru, Corte di Giustizia dell'Unione Europea (terza sezione), 9 ottobre 2014. Carenze sanitarie e mobilità transfrontaliera: si allarga il diritto "europeo" alla salute*, in DPCE online, n. 1/2015.

a quella definizione generica¹⁴. Precisato ciò, quali sono le conseguenze della violazione del limite in questione? Una prima, lampante risposta è il mancato rimborso dei costi sostenuti per le cure ricevute all'estero. Risposta evidentemente esatta, ma potenzialmente incompleta, poichè non prende in considerazione un caso: quello in cui una pratica, nello Stato di affiliazione, sia illecita e siano previste sanzioni per il suo compimento.

1.2. Un esempio paradigmatico: la procreazione medicalmente assistita eterologa

A tal proposito, un esempio è fornito dalla disciplina italiana in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa. Come risaputo, nella sua formulazione originaria la legge 40/2004 vietava in radice il «ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo» (art. 4, comma 3). A questo divieto assoluto si accompagnava, all'art. 12 della suddetta legge, la sanzione per chiunque (eccezion fatta per l'uomo o la donna a cui fosse applicato il trattamento) «a qualsiasi titolo» utilizzasse a fini riproduttivi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente: sanzione da computarsi tra un minimo di 300.000 ed un massimo di 600.000 euro, sempre che non vi fossero circostanze ulteriori ad aggravarla. Questa cornice normativa faceva proliferare per anni un particolare fenomeno di "turismo riproduttivo", per cui numerose coppie italiane completamente sterili si rivolgevano a cliniche estere (soprattutto spagnole e svizzere). La Corte costituzionale ha tenuto in considerazione anche questo elemento nel dichiarare incostituzionale il divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita eterologa, mettendo in evidenza la «discriminazione economica», provocata dalla legge 40/2004, fra coppie dotate e non delle risorse sufficienti per tentare questa pratica oltre i confini italiani¹⁵.

Caduto il divieto e le corrispondenti sanzioni, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo avrebbe dovuto essere immediatamente garantito; nella realtà dei fatti, tuttavia, esso è rimasto inizialmente sulla carta ed il fenomeno del "turismo riproduttivo" non ha subito interruzioni rilevanti.

¹⁴ Sentenza CGUE, 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, paragrafo 67: «in una situazione in cui le cure di cui trattasi non possono essere dispensate nello Stato membro nel cui territorio risiede l'iscritto al regime previdenziale e in cui le prestazioni previste dalla normativa di questo Stato membro sono oggetto non di un'elencazione precisa di trattamenti o protocolli di cura, bensì di una definizione più generica di categorie o tipologie di trattamento o metodi di cura [...] qualora sia dimostrato che il trattamento ipotizzato in un altro Stato membro rientra in una di queste categorie o corrisponde a una di queste tipologie, l'istituzione competente è obbligata a rilasciare all'iscritto al regime previdenziale l'autorizzazione necessaria ai fini del rimborso del costo di questo trattamento, quando il trattamento alternativo che può essere erogato in tempo utile nello Stato membro in cui egli risiede non presenta, come nell'ipotesi descritta dal giudice del rinvio, lo stesso grado di efficacia».

¹⁵ Sentenza 162/2014, Corte Costituzionale, paragrafo 13: «La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi». Peraltro, per una critica di questo passaggio specifico si veda C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014.

Nonostante la Corte costituzionale avesse escluso l'esistenza di un vuoto normativo in materia¹⁶, il Ministro della Salute Beatrice Lorenzin rendeva nota la necessità di una nuova regolamentazione e tentava di percorrere - infruttuosamente - la strada del decreto legislativo. Al contempo, la mancanza totale o quasi di donatori di gameti - complice anche la obbligatoria gratuità della donazione stessa - ha inibito l'effettività dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita eterologa. Quel che qui più interessa, tuttavia, sono le questioni sulla effettività del rimborso per trattamenti ricevuti all'estero, se è vero che, anche dopo la sentenza 162/2014, le coppie sterili italiane non hanno smesso di uscire dai confini della Penisola per accedere alle pratiche mediche in discussione. Un ulteriore elemento da tenere in considerazione è il seguente: dopo la declaratoria di incostituzionalità del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa, questa tipologia di trattamento non è stata inizialmente inserita nei livelli essenziali di assistenza nazionali (L.E.A.)¹⁷, il che ha lasciato ampia discrezionalità alle Regioni. Così, mentre in alcune Regioni - quelle che avevano inserito la procreazione medicalmente assistita eterologa nei propri L.E.A. - per ottenere il rimborso delle spese effettuate all'estero era sufficiente fare richiesta al servizio sanitario regionale, nella maggior parte di esse invece si rivelava necessario, nel migliore dei casi, conseguire una previa autorizzazione al trattamento. Il tutto, vale la pena ribadirlo, in un contesto in cui l'accesso alla pratica nelle strutture pubbliche non era possibile, di fatto, nella più gran parte della Penisola¹⁸; un contesto, dunque, che rendeva in sostanza necessario uscire dai confini nazionali per ricevere un trattamento che avrebbe dovuto essere garantito sin dal giorno successivo alla sentenza 162/2014. Due casi giurisprudenziali hanno fornito una rappresentazione fedele della situazione: nel primo, il TAR per la Lombardia e poi il Consiglio di Stato hanno annullato una delibera della Giunta regionale che prevedeva che l'intero costo del trattamento eterologo nel pubblico fosse a carico delle coppie - mentre per l'omologa era necessario solo il pagamento di un ticket¹⁹. Il secondo caso è ancora più vicino alla realtà di chi scrive: poco più di un anno fa, il Tribunale del Lavoro di Trento ha ordinato all'APSS di erogare ad una coppia le prestazioni di procreazione medicalmente assistita eterologa, a fronte di una situazione in cui, fino a inserimento ufficiale nei L.E.A., la Provincia non assicurava

¹⁶ Sentenza 162/2014, Corte Costituzionale, paragrafo 12: «Dalle norme vigenti è [...] già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie [...] In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto.». Questa posizione è poi stata ribadita da Giuseppe Tesaro, allora Presidente della Corte Costituzionale: https://ilmessaggero.it/primopiano/politica/fecondazione_assistita_eterologa_tesaro_intervista-536559.html (ultima consultazione 20/10/2014).

¹⁷ Secondo la definizione fornita dal sito del Ministero della Salute, sono «le prestazioni e i servizi che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire a tutti i cittadini, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (ticket)».

¹⁸ Questa la situazione più volte denunciata da Filomena Gallo, segretario dell'Associazione Luca Coscioni. Si riporta una intervista al quotidiano L'Adige: <http://www.ladige.it/news/cronaca/2017/02/18/gallo-esemplare-sentenza-trento-fecondazione> (ultima consultazione 18/02/2017).

¹⁹ Sentenza n. 2271 del 2015, T.A.R. per la Lombardia, confermata dalla sentenza 3297/2016, Consiglio di Stato.

l'accesso a tale pratica medica, nè il rimborso per chi l'avesse ricevuta in un'altra Regione o all'estero²⁰. Come è stato sottolineato²¹, tale contesto non ha fatto altro che riportare alla luce situazioni di «discriminazione economica» analoghe a quella condannata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 162/2014.

Al netto di tutto ciò, va sottolineato che, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 13 gennaio 2017, sono stati aggiornati i L.E.A. nazionali, con l'introduzione al loro interno delle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa²². Sulla carta, dunque, pare essere stato compiuto un decisivo passo avanti. Quel che rimane, in ogni caso, è l'esempio emblematico fornito dalla situazione italiana fra il 2004 ed il 2017.

1.3. Law in action: il c.d. caso Cappato

Il proposito di questa introduzione è quello di mostrare quanto la materia presa ad argomento sia fluida, suscettibile di rapidi mutamenti e controversa; controversa quanto lo può essere un tema che riguarda da vicino aspetti tanto intimi della vita privata degli individui, specie in momenti di potenziale fragilità. Se, per questo motivo, l'effettività di un rimborso per cure ricevute all'estero può condizionare non di poco le scelte di un soggetto, a maggior ragione è autoevidente quanta possa essere l'influenza della previsione di sanzioni per pratiche lecite e possibili oltre confine. Quando il formante normativo interviene in maniera troppo decisa e rigida in questioni per loro definizione ambigue quali quelle aperte dalle scienze della vita, le conseguenze possono essere drammatiche. Queste considerazioni ci avvicinano al tema di cui questo lavoro ha l'ambizione di trattare: un tema assolutamente "caldo" nella nostra attualità nazionale, poichè portato al centro dell'attenzione mediatica dal c.d. caso Cappato. Traendo difatti spunto dalla vicenda giudiziaria di Marco Cappato davanti alla Corte d'Assise di Milano, si partirà con una contestualizzazione del caso concreto e del contesto normativo al cui interno esso si pone. Seguirà una sintesi dell'ordinanza della Corte d'Assise in data 14 febbraio 2018, con la quale è stata rimessa una questione di costituzionalità relativa al reato previsto dall'art. 580 del nostro Codice penale. Si cercherà poi di valutare, come oggetto principale di questo lavoro, se, sulla pronuncia della Corte costituzionale, si possa immaginare l'influenza di elementi esterni al nostro ordinamento - e, eventualmente, con quali modalità ed in che misura. A tale scopo, si ripercorrerà l'analisi della giurisprudenza CEDU in materia di assistenza nel suicidio come effettuata dalla Corte d'Assise, con alcune considerazioni critiche; si valuterà quali siano le particolarità delle discipline che, nel nostro Continente, legittimano condotte di assistenza nel suicidio ed omicidio del consenziente; infine, si prenderà

²⁰ Ordinanza 16 febbraio 2017, Tribunale ordinario di Trento, sezione per le controversie di lavoro.

²¹ M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014.

²² Per una trattazione più estesa si rimanda a G. GUERRA, *I nuovi Livelli essenziali di assistenza sanitaria*, in *Politiche sanitarie*, Vol. 18, N. 1, 2017, pp. 40-45.

in considerazione un suggestivo contributo che prende le proprie mosse dalla regolamentazione comunitaria del mercato interno.

2. Caso Cappato: il fatto

Negli ultimi anni, la regolamentazione italiana ha (più o meno indirettamente) portato *in auge* una serie di casi drammatici. Le storie di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro, Walter Piludu ed altri ancora sono arrivati alla attenzione dei media ed hanno alimentato un ampio dibattito nella società in cui viviamo²³. L'ultimo, in ordine cronologico, di questi nomi è stato quello di DJ Fabo.

Fabiano Antoniani, ex assicuratore, geometra, broker, pilota di motocross e dj, a seguito di un grave incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014 rimase tetraplegico ed affetto da cecità permanente. Le sue condizioni non gli permettevano di essere autonomo nelle funzioni vitali di alimentazione, respirazione ed evacuazione, ma manteneva i processi intellettivi. Negli anni seguenti Fabiano Antoniani aveva cercato a lungo ed infruttuosamente cure e trattamenti riabilitativi, anche mediante trapianto di cellule staminali in India. Dopo l'insuccesso di tali tentativi, tra marzo ed aprile del 2016 Antoniani comunicava ai propri cari la propria intenzione di non continuare a vivere nelle condizioni di sofferenza in cui si trovava. Falliti gli sforzi della madre e della fidanzata di dissuaderlo da questa decisione, Antoniani dapprima tentava di convincere - senza successo - la persona che affiancava i suoi cari nelle cure a "lasciarlo morire"; dopodichè, ottenuto anche un certificato medico che attestava la sua piena capacità di intendere e di volere, si rivolgeva, nel maggio 2016, ad alcune strutture svizzere dove si pratica l'assistenza al suicidio, nonché alla Associazione Luca Coscioni. Marco Cappato, esponente e tesoriere dell'Associazione stessa, entrava in contatto con Fabiano Antoniani ed accettava di accompagnarlo in Svizzera per porre fine alla sua vita. Nel frattempo, Antoniani inviava un video-appello al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, auspicando una sensibilizzazione della politica nei confronti degli individui in condizioni analoghe alle sue. Il 27 febbraio 2017, presso la clinica svizzera Dignitas, Fabiano Antoniani trovava la morte tramite una procedura di suicidio assistito²⁴. Tornato in Italia, Marco Cappato andava ad autodenunciarsi presso la sede di carabinieri di Milano per il reato di assistenza al suicidio. Di fronte alla richiesta di archiviazione della Procura, il giudice per le indagini preliminari disponeva invece l'imputazione coatta. A questo punto, Marco Cappato chiedeva il giudizio immediato, rinunciando all'udienza preliminare fissata per il 15 novembre 2017.

²³ Per un approfondimento sui casi citati e sul loro impatto sull'opinione pubblica si veda C. TRIBERTI, M. CASTELLANI, *Libera scelta sul fine vita*, Firenze, 2018.

²⁴ Questa, in pillole, la ricostruzione del fatto concreto operata nella Ordinanza 14 febbraio 2018, Corte d'Assise di Milano.

2.1. Caso Cappato: il contesto normativo

Il delitto di cui all'art. 580 del Codice penale testimonia il rapporto fra diritto penale e condotte di suicidio, storicamente piuttosto complicato²⁵. Lungi dall'essere risolta dalla disciplina odierna, tale situazione torna a manifestarsi anche in alcune pronunce recenti della giurisprudenza²⁶. Non è un caso che l'art. 580 cp sia una norma piuttosto peculiare dal punto di vista penalistico, in quanto costituisce una figura concorsuale in cui viene sottoposto a sanzione penale solo il concorrente - ed in effetti sarebbe paradossale il contrario. Tre sono le condotte sanzionate dall'art. 580 cp: quella di determinazione di altri al suicidio, quella di rafforzamento dell'altrui proposito e quella di agevolazione «in qualsiasi modo» dell'esecuzione dello stesso. In caso di effettiva concretizzazione dell'intento suicidario l'istigatore o aiutante può essere sottoposto ad una pena la cui cornice edittale spazia da un minimo di cinque anni ad un massimo di dodici, la quale può essere aumentata nei casi previsti dai commi successivi della norma in esame. La giurisprudenza di Cassazione, in passato, ha precisato che le condotte di cui sopra sono previste in via alternativa e che, pertanto, integra la fattispecie di cui all'art. 580 cp anche qualsiasi contributo materiale al suicidio che non abbia avuto la benchè minima ricaduta sul processo decisionale del soggetto passivo²⁷, ribaltando l'interpretazione fornita da una sentenza della Corte d'Assise di Messina, che sosteneva l'opposto²⁸. Un altro tentativo di interpretazione costituzionalmente orientata di questa norma è stato esperito recentemente dal Tribunale di Vicenza ed avallato dalla Corte d'Appello di Venezia: entrambe le Corti hanno disatteso la questione di costituzionalità prospettata dalla difesa, sostenendo una interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 580 cp, secondo la quale la condotta di agevolazione deve necessariamente porsi sull'«esecuzione» e pertanto può essere costituita esclusivamente da una «condizione di facilitazione del momento esecutivo stesso»²⁹. I pubblici ministeri milanesi, nell'ambito della propria richiesta di archiviazione per Marco Cappato, prospettavano, tra le altre soluzioni³⁰, anche l'adozione di questa lettura della norma in questione. Sulla base di questa interpretazione, la condotta di Cappato avrebbe costituito un anello della catena causale distante dall'evento suicidario finale; semmai, il comportamento sanzionato dall'art. 580 cp sarebbe stato tenuto dal medico, dai volontari della Dignitas e in generale da chiunque avesse materialmente fornito a Fabiano Antoniani la sostanza letale (pentobarbital di sodio), mentre in capo a Cappato si sarebbe potuto al più imputare un concorso nell'aiuto al suicidio, di conseguenza un "concorso nel concorso", non configurabile

²⁵ Per approfondimenti si rimanda a R. E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 cp*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo n. 10/2017.

²⁶ Si legga in proposito Cass. sez. I pen, sent. 9.5.2013: «il suicidio, pur non essendo punito in sé nel vigente ordinamento penale a titolo di tentativo, costituisce pur sempre una scelta moralmente non condivisibile, non giustificabile ed avversata dalla stragrande maggioranza dei consociati, a prescindere dalle loro convinzioni religiose e politiche».

²⁷ Cass. sez. I pen, sent. n. 3147 del 6.2.1998.

²⁸ Corte d'Assise di Messina del 10.6.1997.

²⁹ G.U.P. del Tribunale di Vicenza, 14.10.2015, e Corte d'Appello di Venezia, sent. n. 9 del 10.5.2017.

³⁰ Per una analisi della richiesta di archiviazione si rimanda a P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo n. 5/2017.

secondo l'interpretazione generalmente ammessa del principio di offensività. Tale lettura costituzionalmente orientata della norma in questione, sia pur agli occhi di scrive lodevole, ha incontrato critiche relative a taluni profili penalistici, cui non si può qui che rimandare³¹, critiche cui non è stato estraneo il giudice delle indagini preliminari nel momento della imputazione coatta di Marco Cappato³². Così, la Corte d'Assise di Milano ha dovuto confrontarsi con una norma da anni al centro di un dibattito che spinge talora verso una lettura estensiva, vicina a quella della Cassazione, talaltra verso una interpretazione costituzionalmente orientata o, più radicalmente, una declaratoria di incostituzionalità.

3. L'ordinanza 14 febbraio 2018

In questo paragrafo si tenterà di riassumere, in maniera il più concisa e al contempo esauriente possibile, l'ordinanza 14 febbraio 2018, snodo fondamentale della vicenda giuridica riguardante Marco Cappato. La Corte d'Assise di Milano inizia la propria analisi interrogandosi sulla eventuale rilevanza di una questione di legittimità costituzionale nel caso di specie. Così, dopo una esposizione dei fatti di causa, il giudice meneghino si chiede se a Marco Cappato possa essere imputata la condotta tipizzata dall'art. 580 cp come interpretato secondo il diritto vivente. La Corte d'Assise non ritiene che a Cappato si possa imputare un rafforzamento dell'intento suicidario: anzi, il giudicante sottolinea come l'esponente dell'Associazione Luca Coscioni abbia più volte prospettato a Fabiano Antoniani la possibilità di interrompere in Italia le terapie che lo tenevano in vita e come abbia accertato fino all'ultimo la volontà effettiva del soggetto. Dall'altro lato, secondo la lettura più accreditata dell'art. 580 cp, è innegabile che Cappato abbia realizzato una condotta di agevolazione e, pertanto, la Corte d'Assise riconosce la rilevanza della norma nel caso in questione.

Il giudice milanese passa successivamente ad un esame della interpretazione giurisprudenziale della disposizione, tentando di individuare il bene giuridico da essa tutelato. Mentre appare indubbio alla Corte che, al momento della promulgazione del Codice penale, tale norma si ponesse l'obiettivo di tutelare l'indisponibilità del bene vita, «in correlazione agli obblighi sociali dell'individuo» sotto il regime fascista, nel nuovo schema costituzionale la vita «non può essere concepita in funzione di un fine eteronomo rispetto al

³¹ Di nuovo, R. E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 cp*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo n. 10/2017.

³² Per un esame del provvedimento con cui il giudice delle indagini preliminari ha disposto l'imputazione coatta si rinvia a D. NAPOLI, *Il caso Cappato – DJ Fabo e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2017.

suo titolare»³³. Cruciale, nel nostro sistema costituzionale, è la libertà personale rispetto ad interferenze statali e questo permette di disporre del proprio corpo (la Corte avanza l'esempio del diritto al rifiuto di trattamenti sanitari): da questo schema, afferma il giudice milanese, deriva la possibilità di decidere sulla propria vita, anche se da ciò derivi la morte. Non pare invece garantito un «diritto ad ottenere una morte dignitosa» quale prospettato dai pubblici ministeri nell'ambito della richiesta di archiviazione: in ogni caso, rimane sospesa la questione sul bene giuridico attualmente tutelato dall'art. 580 cp.

La Corte si dedica poi ad una analisi della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di suicidio³⁴ ed inserisce nel contesto generale la nuova legge 219/2017. Il giudice afferma che, mediante essa, «il diritto a morire, rifiutando i trattamenti sanitari, è stato riconosciuto dal legislatore», il quale «ha anche riconosciuto espressamente il diritto di rifiutare l'idratazione o l'alimentazione artificiale» ed «ha individuato come oggetto di tutela da parte dello Stato "la dignità nella fase finale della vita"». Secondo l'art. 2 della nuova legge nella interpretazione del giudice meneghino, «in presenza di sofferenze refrattarie a trattamenti sanitari» il medico, con il consenso del paziente, può di fatto sospendere idratazione o alimentazione artificiale e procedere alla terapia del dolore con sedazione profonda: in questo la Corte d'Assise legge un riconoscimento del diritto di morire, non solo a causa della malattia, ma anche per privazione di sostegni vitali - una sorta di eutanasia indiretta omissiva. Certo, la Corte è tassativa nel ricordare che la legge 219/2017 non riconosce alcun diritto al suicidio assistito: non è possibile richiedere al medico trattamenti contrari a norme di legge o alla deontologia professionale. Tuttavia, questo non può, secondo il giudicante, negare la libertà della persona «di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza».

Tornando a questo punto all'art. 580 cp, esso, secondo la Corte, dovrebbe essere oggi interpretato sulla base dei principi che conformano la legge 219/2017. In tal modo, riprendendo la questione sul bene giuridico tutelato dalla norma in questione, il giudice afferma che esso non sarebbe la vita, bensì l'autodeterminazione dell'individuo. Certo, il bene della vita continua a giocare un ruolo molto importante e le sue «aggressioni» da parte di terzi devono essere represses «anche quando questo avvenga con il concorso della volontà della vittima»: tuttavia, il riconoscimento della libertà «di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza» rende il bene vita subordinato alla autonomia di scelta del soggetto³⁵. Diverrebbero così sanzionabili solo «le condotte che in qualsiasi modo abbiano alterato il percorso psichico del soggetto passivo, impedendogli di addivenire in modo consapevole e ponderato a tale scelta». Riconoscendo la Corte «il diritto di ciascuno di autodeterminarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza», le condotte di

³³ La Corte d'Assise cita Cass. civ., sez. I, sent. n. 21748 del 16.10.2007: «Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sè, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa».

³⁴ Su cui si veda *infra*.

³⁵ Per una critica sul punto si vedano D. PULITANO, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo n. 7/2018, e R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, Fascicolo n. 10/2018.

mera agevolazione di un proposito suicidario già consolidato non sembrano ad essa perseguibili. Quel che si impone, afferma il giudice meneghino, è «una indagine particolarmente rigorosa sul percorso deliberativo del soggetto passivo», in modo da poter comprendere se le azioni del terzo abbiano influito sulla formazione della decisione, concretizzando pertanto una condotta di istigazione. Tale scrutinio, nella ricostruzione della Corte d'Assise, è fondamentale anche nell'ottica della parametrizzazione nel concreto della pena, la quale, nella lettura del giudice, costituisce un ulteriore profilo di incostituzionalità. La corrispondenza della sanzione per condotte di istigazione e mero aiuto - all'interno di una non certo indifferente cornice edittale, che spazia dai 5 ai 12 anni - appare alla Corte in contrasto con la finalità rieducativa della pena, che richiede un vaglio di proporzionalità tra sanzione ed offesa.

In ragione di quanto detto, la Corte d'Assise di Milano solleva questione di costituzionalità dell'art. 580 cp «nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario», prendendo quali parametri gli articoli 2, 13 e 117 (in relazione agli articoli 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) in riferimento alla condotta di agevolazione e gli articoli 3, 13, 25, comma II, e 27, comma III, in riferimento alla sanzione.

4. L'influenza della comparazione

Quello sopra descritto - e di cui si attende un nuovo capitolo - è un caso spiccatamente nazionale. In un certo senso, si potrebbe sostenere che sia *esclusivamente* nazionale. Nazionale il giudice, nazionale la disciplina, nazionali le eventuali ripercussioni. E non potrebbe che essere così, trattandosi di un tema connotato da forti implicazioni etiche e da perdurante dibattito. Eppure, non sembra possibile ignorare l'influenza che il panorama internazionale può avere su tutto questo. Numerosi sono gli elementi transnazionali che possono venire in considerazione nel caso in discussione. Pensiamo alla attenzione riservata dalla Corte d'Assise di Milano alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo - ed all'art. 117 della Costituzione assunto come parametro di costituzionalità in relazione agli artt. 2 e 8 della CEDU. Pensiamo alle dimensioni del fenomeno, che non si riducono certo al solo caso di Fabiano Antoniani: si ritiene sia consistente il numero di persone che ogni anno si spostano in Svizzera per porre termine alla loro esistenza³⁶. Più in generale, pensiamo al crescente aumento di individui che escono dai confini nazionali per ottenere pratiche all'estero. Pensiamo alla considerazione che la nostra Corte Costituzionale ha mostrato per il quadro transnazionale - ad esempio,

³⁶ Ciò pare emergere dalle dichiarazioni di Emilio Coveri, rappresentante di Exit Italia; tuttavia, avere dati certi in materia è praticamente impossibile. A tal proposito, si legga l'inchiesta del quotidiano La Stampa: <http://www.lastampa.it/2017/01/20/italia/cronache/dolce-morte-un-dibattito-che-resta-al-palo-p5V58gKTqY48xFYHmG7O5O/paginahtml> (ultima consultazione 20/01/2017).

parlando di «discriminazione economica» nella già citata sentenza 162/2014. Specie in ambiti tanto delicati e connotati dalla personalità delle scelte individuali quali quelli delle scienze della vita, il diritto nazionale non può "bastare a sé stesso". Da un panorama più ampio possono derivare prospettive originali e funzionali. Spesso queste emergono dal dialogo tra corti interne e sovranazionali, le quali sempre più si trovano a rivestire un ruolo di custodi dei diritti soggettivi. Per tale motivo, appare appropriato riservare innanzitutto uno sguardo alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo su questo tema.

4.1. La giurisprudenza della CEDU

Come sopra accennato, nella propria esposizione la Corte d'Assise di Milano si confronta con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Si cercherà ora di ripercorrere la lettura della stessa offerta dall'ordinanza del 14 febbraio 2018. In particolare, il giudice meneghino fa riferimento a tre sentenze della Corte di Strasburgo volte ad interpretare gli artt. 2 ed 8 della CEDU. L'analisi inizia da una delle più risalenti sul tema, la *Pretty v. Regno Unito* del 29.4.2002. Diane Pretty, paralizzata ed affetta da una malattia degenerativa (la Sclerosi Laterale Amiotrofica), chiedeva che venisse concessa dal *Director of Public Prosecution* britannico l'impunità per il marito che l'avesse aiutata a suicidarsi, in violazione del divieto di suicidio assistito disposto dal *Suicide Act* del 1961. In questa pronuncia, la Corte di Strasburgo affermava che il diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 della CEDU, non comporta un aspetto negativo, ossia un diritto di morire; al contempo, non escludeva che il divieto di suicidio assistito «costituisca una lesione del diritto dell'interessata al rispetto della sua vita privata», ma cercava di stabilire se questa «lesione» fosse giustificabile ai sensi dell'art. 8. Sulla base di tale norma, difatti, una interferenza dell'autorità statale nella vita privata e familiare di un individuo deve essere prevista per legge, necessaria e proporzionata allo scopo perseguito: nel caso concreto, tale interferenza veniva ritenuta ammissibile per via della *ratio* del divieto di suicidio assistito, individuata dalla Corte di Strasburgo nella tutela di persone deboli e vulnerabili, nonché per il margine di discrezionalità riconosciuto in capo a *DPP* e giudici inglesi. Con un salto in avanti di una decina d'anni, la Corte d'Assise passa alla sentenza *Haas v. Svizzera* del 20.1.2011. Ernst Haas, affetto da circa vent'anni da un disturbo bipolare, dopo aver nella sua vita tentato per due volte il suicidio e subito più ricoveri in cliniche psichiatriche, si rivolgeva ad una serie di psichiatri per ottenere una prescrizione di pentobarbital di sodio, richiesta dalla normativa svizzera: vistosi rifiutare più volte la prescrizione e respingere una serie di ricorsi proposti in sede amministrativa, Haas si rivolgeva alla Corte di Strasburgo chiedendo, in sostanza, di affermare la sussistenza, in capo agli Stati firmatari della CEDU, di un obbligo di garantire ai cittadini di porre fine alla propria vita in modo sicuro e indolore. Richiamandosi a quanto sancito dalla sentenza *Pretty*, la Corte riconosceva la legittimità della previsione di una prescrizione medica per il rilascio di un farmaco letale, definendola una «procedura appropriata a garantire che una decisione di mettere fine alla propria vita

corrisponda alla libera volontà dell'interessato» - una procedura, peraltro, ritenuta «necessaria» dalla CEDU in un ordinamento particolarmente liberale in materia di assistenza al suicidio quale quello svizzero. In ogni caso, nella sentenza Haas la Corte di Strasburgo riconosceva «il diritto di un individuo di decidere con quali mezzi ed a che punto la propria vita finirà, a condizione egli o ella sia in grado di raggiungere liberamente una propria decisione»³⁷. Nella terza delle sentenze richiamate, *Gross v. Svizzera* del 14.5.2013, la Corte di Strasburgo si trovava infine a decidere sul caso di un'anziana donna che, non essendo affetta da alcuna patologia particolare, si era vista rifiutare da più medici e giudici la prescrizione di un farmaco letale. La pronuncia *Gross* ha costituito, ad opinione della Corte d'Assise di Milano, il superamento della più risalente *Pretty*, mediante l'esplicito riconoscimento «del diritto di un individuo di decidere il mezzo ed il momento in cui la sua vita debba finire» (sempre previo accertamento della libertà e della consapevolezza della scelta). Infine, il giudice milanese ricorda *en passant* altre tre pronunce della Corte di Strasburgo degli ultimi anni, le quali, nella sua lettura, ribadiscono la natura di questo diritto: le sentenze *Koch*³⁸, *Rapaz*³⁹ e *Horoz*⁴⁰.

Sostanzialmente, nella sua esposizione la Corte d'Assise richiama una giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che si allinea, anzi, corrisponde alla propria affermazione della libertà di ogni persona «di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza». La questione che rimane da porsi è se l'interpretazione dei giudici di Strasburgo sia effettivamente questa. Fermo restando che è indubbio, in tale giurisprudenza, il riconoscimento del diritto di un individuo capace di una scelta libera e consapevole «di decidere il mezzo ed il momento in cui la sua vita debba finire», forse quel che è da riconsiderare è il ruolo della Corte di Strasburgo. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, difatti, lungi dal voler indicare una strada per l'armonizzazione delle discipline, si pone piuttosto l'obiettivo di fissare un *minimum* di garanzia per i diritti previsti dalla Convenzione. Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte emerge l'idea per cui la CEDU dovrebbe essere letta «*comme un tout*»⁴¹: ciò significa che non possono esservi piene antinomie fra i diritti tutelati dalla Convenzione - e, così, non si può riscontrare un rapporto di prevalenza fra diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione. Sulla base di tali principi interpretativi, non deve sorprendere che il diritto «di decidere il mezzo ed il momento in cui la sua vita debba finire» si trovi a convivere con il paradigma della

³⁷ Va detto che vi è chi sostiene che, in questa pronuncia, la Corte di Strasburgo sembri essersi accontentata di formulare un diritto, senza porsi davvero questioni sulla sua effettività: a tal proposito si rimanda a I. A. COLUSSI, "Quando a Strasburgo si discute di fine vita... casi e decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di eutanasia e suicidio assistito", Incontro Internazionale di studio nell'ambito del Progetto Furb, 2006.

³⁸ *Koch v. Germania* del 19.7.2012. Solo a titolo di completezza, la novità maggiore che questa pronuncia pare aver portato è quella di una (seppur parziale) legittimazione attiva riservata non alla vittima ma ad una "vittima indiretta", precedentemente negata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (cfr *Sanles Sanles v. Spagna* del 26.10.2000).

³⁹ *Rapaz v. Svizzera* del 26.3.2013.

⁴⁰ *Horoz v. Turchia* del 14.8.2014.

⁴¹ La Corte lo afferma espressamente anche nella stessa *Haas v. Svizzera* del 20.1.2011, §54.

sacralità della vita, come sottolineato anche nella pronuncia Gross⁴², considerata dalla Corte d'Assise il «superamento della giurisprudenza Pretty». Quanto più i giudici di Strasburgo riscontrano un'eterogeneità di disciplina tra gli Stati firmatari, tanto più ampia è la discrezionalità concessa alla singola Nazione nel valutare se determinate misure risultano necessarie o meno nell'ordinamento giuridico di riferimento⁴³. Così, nel caso Gross, individuato dalla Corte d'Assise come il punto di svolta della giurisprudenza della Corte EDU, in realtà i giudici di Strasburgo hanno affermato semplicemente che l'assenza di chiarezza nelle linee guida sull'assistenza al suicidio viola l'art. 8 della Convenzione, senza per questo accogliere la richiesta della ricorrente di ottenere autorizzazione diretta alla prescrizione dei farmaci, spettando ciò solo alle autorità statali⁴⁴. In assenza di un *consensus*, la Corte di Strasburgo appare molto rispettosa delle scelte nazionali⁴⁵, purché rispondano ai sopra citati criteri della determinazione per legge, della necessità e della proporzionalità. Emblematico, in questo senso, è il già riportato caso Koch: esso mostra come, per la giurisprudenza della Corte EDU, rientra legittimamente nel margine di discrezionalità degli Stati sia la scelta di sanzionare penalmente l'assistenza al suicidio, che rimane l'opzione prevalente, sia quella di ammettere, a determinate condizioni, la possibilità del suicidio assistito; non vi rientra, invece, quella di sottrarsi all'esame della richiesta, anche quando il diritto sostanziale non è stato ancora accertato, e, come nel caso di specie, sarebbe stato presumibilmente negato in base al diritto interno⁴⁶. Così, guardando ad altri esempi offerti da tale giurisprudenza, i casi Haas e Gross provengono da una delle discipline nazionali più aperte in materia; la sentenza Lambert⁴⁷ si adegua alla decisione del Consiglio di Stato francese di interrompere dei trattamenti di sostegno vitale; mentre, spostando lo sguardo dalla Corte di Strasburgo ma rimanendo sul tema dell'interpretazione dell'art. 8 CEDU, anche dopo il «superamento» della giurisprudenza Pretty i casi britannici Nicklinson⁴⁸ e Conway⁴⁹ hanno visto il riconoscimento della legittimità del divieto di assistenza al suicidio.

⁴² *Gross v. Svizzera* del 14.5.2013, §58: «Without in any way negating the principle of the sanctity of life protected under the Convention [...]».

⁴³ Su questo O. POLIPO, *Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa della Corte EDU in materia di end-of-life decisions*, in *Diritto Penale Comparato*, Fascicolo n. 3/2018.

⁴⁴ Sempre *Gross v. Svizzera* del 14.5.2013, §69: «Having regard to the above considerations, and, in particular, the principle of subsidiarity, the Court considers that it is primarily up to the domestic authorities to issue comprehensive and clear guidelines on whether and under which circumstances an individual in the applicant's situation – that is, someone not suffering from a terminal illness – should be granted the ability to acquire a lethal dose of medication allowing them to end their life. Accordingly, the Court decides to limit itself to the conclusion that the absence of clear and comprehensive legal guidelines violated the applicant's right to respect for her private life under Article 8 of the Convention, without in any way taking up a stance on the substantive content of such guidelines».

⁴⁵ In tal senso anche A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, rintracciabile al seguente link: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6101-il-caso-cappato-di-fronte-al-giudice-delle-leggi-illegittimita-costituzionale-dell-aiuto-al-suicidio> (ultima consultazione 14/06/2018).

⁴⁶ In tal proposito più approfonditamente E. CRIVELLI, *Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2012.

⁴⁷ *Lambert ed altri v. Francia* del 5.6.2015.

⁴⁸ [2014] UKSC 38.

⁴⁹ [2017] EWHC 2447.

In conclusione di paragrafo, sembra potersi dire che la Corte d'Assise abbia forse assunto un angolo di visuale incompleto nell'analizzare la giurisprudenza della Corte EDU. Fermo restando, si ripete, il dato di fatto costituito dall'esplicito riconoscimento del diritto di un soggetto «di decidere il mezzo ed il momento in cui la sua vita debba finire», la posizione dei giudici di Strasburgo, mediana, pare doversi piuttosto sottoporre ad una prospettiva d'insieme. Non sembra difatti scontato che l'interpretazione dell'art. 8 CEDU sia assolutamente incompatibile con il nostro art. 580 cp. Tale norma - e l'interferenza statale nella vita privata che ne deriva - dovrebbe, a tale scopo, essere sottoposta allo scrutinio di necessità e proporzionalità predicato dalla Corte di Strasburgo: a parere di chi scrive, il rigore con cui l'art. 580 cp è interpretato dalla giurisprudenza italiana di Cassazione potrebbe dare adito quantomeno ad aggiustamenti sulla base del principio di proporzionalità. Tuttavia, per esemplificare, il permanere in vigore del divieto di assistenza al suicidio nel Regno Unito non consente di prospettare questa come una soluzione automatica - sia pure tenendo conto delle differenze in termini di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale fra *Director of Public Prosecution* e pubblico ministero italiano.

4.2. Le peculiarità della disciplina svizzera

Considerata la sua rilevanza non solo nel caso concreto, ma anche, come appena visto, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sembra necessario almeno un breve *excursus* sulla disciplina svizzera in tema di suicidio assistito. Secondo i dati a disposizione, ogni anno il numero di italiani che va in Svizzera per porre fine alla propria esistenza rimane costante o aumenta⁵⁰, così come ogni anno aumentano i soci di Exit Italia, l'associazione italiana «per il diritto ad un morte dignitosa», fondata da Emilio Coveri sul modello della originale - ed omonima - associazione svizzera⁵¹. Quel che ci si potrebbe chiedere è perchè i nostri connazionali che vogliono praticare il suicidio assistito vadano tutti, sostanzialmente senza eccezioni, in Svizzera. Una risposta immediata ed istintiva potrebbe essere legata alla vicinanza geografica - specie dal momento dall'attivazione di una clinica a Paradiso, distante pochi minuti da Lugano e 70 km da Milano. Ciò è indubbio. Tuttavia, dall'altro lato della medaglia, l'intera procedura è a carico del richiedente ed i costi sono piuttosto elevati: tenendo conto del fatto che possono spaziare tra gli 8.000 ed i 13.000 euro⁵², ciò può

⁵⁰ Questo dato va considerato congiuntamente a quello relativo all'aumento del numero di pratiche di suicidio assistito in Svizzera in generale, secondo i dati raccolti da un recente studio relativo al periodo 2003-2014, cui si rimanda: N. STECK, C. JUNKER, M. ZWAHLEN, *Increase in assisted suicide in Switzerland: did the socioeconomic predictors change? Results from the Swiss National Cohort*, in *BMJ Open*, 2018;8:e020992. doi:10.1136/bmjopen-2017-020992.

⁵¹ Questo, almeno, quanto dichiarato da Emilio Coveri stesso alcuni anni fa in una intervista rilasciata a Panorama: <https://www.panorama.it/news/cronaca/coveri-suicidio-assistito-svizzera/> (ultima consultazione 20/05/2013).

⁵² I numeri riportati da una serie di inchieste spaziano all'interno di questo *range*. L'estremo più basso è riportato da Emilio Coveri nell'intervista rilasciata a panorama, per cui si veda *supra*; per le cifre più alte, si rinvia ad altre fonti, quali ad esempio:

indubbiamente costituire una importante barriera all'entrata. In realtà, il fattore che forse più rende la Svizzera una scelta obbligata è un altro: la disciplina svizzera in materia ammette al suicidio assistito anche persone non residenti, mentre così non è negli altri Stati europei in cui è consentito l'accesso alla "dolce morte".

Quella appena riportata non costituisce l'unica peculiarità della disciplina svizzera rispetto a quelle degli altri ordinamenti europei che hanno effettuato scelte simili nel tema in discussione. Un ulteriore elemento degno di segnalazione è la limitazione delle condotte ammesse all'assistenza al suicidio che non sia compiuta «per motivi egoistici»: al di là della singolarità della locuzione, la quale, unita al fatto che questa norma trova sede nel Codice penale e non in una legislazione settoriale, ha reso necessarie delle linee guida di indirizzo⁵³, possiamo notare come la disciplina svizzera, al contrario di quelle belga, olandese e lussemburghese, legittimi solo l'assistenza al suicidio, non anche l'omicidio del consenziente, sanzionato dall'art. 114 del Codice penale svizzero. Va detto, comunque, che la sanzione prevista permette una completa discrezionalità "al ribasso" al giudice e in ogni caso non pare eccessivamente rigorosa («pena detentiva sino a tre anni o pena pecuniaria»), certamente meno rispetto alla «reclusione da sei a quindici anni» sancita dal nostro art. 579 cp; inoltre, questo reato non pare sempre perseguito con grande determinazione⁵⁴.

Una ulteriore, e forse ai nostri fini più rilevante, distinzione è la seguente: nella disciplina svizzera, *ex littera legis*, l'assistenza al suicidio non è limitata a individui per i cui casi i tentativi di miglioramento delle condizioni di salute appaiano futili, né si parla di medici⁵⁵. E, se è vero che l'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche ha affermato che il medico deve verificare che la malattia di cui soffre il paziente legittimi «la *supposizione* del suo decesso imminente», è altrettanto vero che la stessa Accademia dichiara che «l'assistenza al suicidio non fa parte dell'attività medica». Di conseguenza, al contrario di quanto avviene nel Benelux, queste pratiche non sono medicalizzate, con tutti i corollari del caso quanto a limitazione soggettiva dell'esenzione dalla pena. Per quanto qui interessa, la medicalizzazione di queste pratiche nei Paesi Bassi, in Belgio e in Lussemburgo potrebbe forse offrire la suggestione di una possibile, magari futura, individuazione di tali pratiche alla stregua di trattamenti medici⁵⁶. Anzi, ciò è già parzialmente avvenuto, sia pure isolatamente, ad opera della Royal Dutch Medical Association, che le ha considerate quali «practice» oggetto di attività

<https://www.investireoggi.it/fisco/eutanasia-pagare-morire-allestero-quanto-costa-non-solo-svizzera/> (ultima consultazione 02/03/2017).

⁵³ Emanate dall'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche nel 2004 e sostanzialmente confermate nel 2013.

⁵⁴ In tal senso C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p. 135-136.

⁵⁵ Così A. BONDOLFI, *Il suicidio assistito in Svizzera: ultimi sviluppi e scenari per il prossimo avvenire*, in *L'Arco di Giano*, n. 95/2018, p. 65-73.

⁵⁶ Una netta critica all'affidamento di queste pratiche ai medici si può trovare in C. L. SPRUNG, M. A. SOMERVILLE, L. RADBRUCH, N. STEINER COLLET, G. DUTTGE, J. P. PIVA, M. ANTONELLI, D. P. SULMASY, W. LEMMENS, E. W. ELY, *Physician-Assisted Suicide and Euthanasia: emerging issues from a global perspective*, in *Journal of Palliative Care*, Vol. 33(4), p. 197-203.

medica⁵⁷. Posto ciò, potrebbe tornare alla mente quanto detto in precedenza relativamente alla materia della mobilità transfrontaliera dei pazienti. Certo, rimane sempre fermo che questa disciplina non si applica ai trattamenti non garantiti dal sistema sanitario di affiliazione, pertanto la definizione delle pratiche di assistenza al suicidio come trattamenti medici o meno non sposterebbe la linea di demarcazione. Tuttavia, la possibilità che, in ordinamenti tanto vicini al nostro da un punto di vista geografico e culturale, esse assumano veste di pratiche mediche e non (solo) di condotte penalmente rilevanti, scriminate da determinati fattori, potrebbe quantomeno attirare l'attenzione di un interprete attento al panorama sovranazionale.

4.3. Una prospettiva: suicidio assistito e libertà di circolazione

Nell'analisi delle influenze internazionali in questo ambito, pare doveroso riservare una certa attenzione ad un recente lavoro di Barend van Leeuwen relativo al rapporto fra questioni eticamente controverse e libertà di circolazione all'interno dell'Unione Europea⁵⁸. Van Leeuwen parte dalla considerazione della disciplina britannica in materia di suicidio assistito, cui si è accennato precedentemente, tra Suicide Act e pronunce delle corti inglesi e della Corte di Strasburgo. A tal proposito, van Leeuwen sottolinea come in tutti i casi giurisprudenziali ci si rifaccia, appunto, alla CEDU e mai invece alla normativa dell'Unione Europea. Ciò si potrebbe spiegare ricordando che la Svizzera non fa parte dell'Unione, ma questo pare semplicistico, alla luce del fatto che in alcuni Stati membri eutanasia e suicidio assistito sono consentiti. Quanto detto sopra viene visto da van Leeuwen come una lacuna della elaborazione giurisprudenziale, in quanto le libertà di movimento garantite nel mercato interno europeo sono uno strumento di cui gli individui si possono servire per seguire le proprie «scelte etiche». Per esemplificare, ogni anno molti francesi vanno in Olanda per consumare cannabis nei coffee shop, senza per questo rischiare di essere perseguiti una volta rientrati in patria. Nonostante ciò, la tendenza è nel senso di non tenere in considerazione la libertà di circolazione per casi che toccano questioni eticamente sensibili. La tesi di van Leeuwen è, invece, quella per cui essa dovrebbe giocare un importante ruolo in tali ambiti, pur sempre nel rispetto delle posizioni statali: la sua prospettiva del mercato interno, difatti, è (anche) quella di un foro di interazione sovranazionale, adatto ad un confronto non economicamente orientato. Come meglio vedremo, secondo van Leeuwen le previsioni relative alla libertà di circolazione determinano «una piattaforma in cui scelte nazionali differenti sono costrette ad interagire tra di loro»; tale interazione può (e deve) evitare di seguire logiche di mercato, fondate su

⁵⁷ Ciò perlomeno sembra trasparire dalle *KNMG/KNMP Guidelines for the Practice of Euthanasia and Physician-Assisted Suicide*, giunte nel 2007 alla quarta edizione e sostanzialmente confermate nel 2012.

⁵⁸ Quanto segue ripercorre B. VAN LEEUWEN, *Euthanasia and the ethics of free movement law: the principle of recognition in the internal market*, in *German Law Journal*, 2018.

argomenti di economia ed efficienza, in modo da creare un dialogo costruttivo sul solo "merito" delle questioni etiche.

Partendo dalla premessa per cui le questioni etiche sono innanzitutto questioni personali, la mancanza di consenso, in tale materia sostanzialmente fisiologica, rende l'Unione Europea piuttosto riluttante ad entrare nel dibattito - pure ammesso che abbia la competenza per farlo. Considerato che in tali ambiti le normative nazionali *tendenzialmente* hanno carattere di compromesso e possono causare dibattito, l'Unione appare esitante a prendere una propria posizione; ciò, in settori delicati e "caldi" quale quello della salute, è rafforzato dalla mancanza di competenza dell'Unione stessa. Peraltro, quando le istituzioni europee effettivamente intervengono, vi è sempre il rischio che istanze di armonizzazione portino ad interferenze eccessive: basti pensare alla sentenza Brüstle⁵⁹, in cui la Corte di Giustizia sostanzialmente imponeva la propria definizione di embrione, sia pure in un ambito settoriale, oggetto di competenza dell'Unione (non a caso, questa pronuncia avrebbe costretto la Corte, poco tempo dopo, ad un intervento correttivo⁶⁰). Senza arrivare a questo, tuttavia, van Leeuwen sostiene la possibilità di una «integrazione negativa»: le previsioni in materia di libertà di movimento verrebbero in questa prospettiva utilizzate come uno strumento per costringere gli Stati membri a confrontare le regolazioni nazionali, comparando le scelte normative di altri Paesi con le proprie prese di posizione, naturalmente senza imposizioni sulle stesse. Ci si chiede, a questo punto, se il mercato interno non costringa a valutazioni di efficienza economica in questioni eticamente connotate: van Leeuwen risponde che la Corte di Giustizia ha mostrato in passato di saper compiere operazioni di mediazione simili senza farsi influenzare da logiche di mercato (portando l'esempio della sentenza Omega⁶¹). D'altronde, sottolinea l'autore, l'integrazione economica, sin dai suoi inizi, si è posta anche e soprattutto obiettivi non-economici, quali quello di garantire la pace tra gli Stati membri e di migliorare la vita dei cittadini europei. Questo profilo, lamenta van Leeuwen, pare passato in secondo piano: per via (anche) della crisi finanziaria, l'integrazione economica sembra non essere più uno strumento del mercato interno, bensì il suo scopo, il che si manifesta in alcune decisioni prese lontano dai cittadini e dalle loro esigenze. Inoltre, l'allargamento dell'Unione ha comportato un aumento delle divergenze fra standard di tutela. Fenomeni quali la Brexit sembrano figli di tutto questo. Per queste ragioni una visione non-economica del mercato interno è non solo possibile, ma necessaria: essa si può individuare nel modo in cui le previsioni del mercato interno limitano la sovranità statale. Difatti, per mezzo del principio del riconoscimento, gli Stati membri sono costretti, in linea di principio, ad accettare le scelte di altri Paesi in questioni sensibili o, se vogliono opporsi, quantomeno a confrontarvisi. Difatti, eventuali restrizioni alle libertà di movimento prese dagli Stati membri devono essere giustificate dagli stessi e la Corte di Giustizia

⁵⁹ Sentenza CGUE 18 ottobre 2011, causa C-34/10, *Brüstle*.

⁶⁰ Ci si riferisce alla sentenza CGUE 18 dicembre 2014, causa C-364/13, *ISCO*.

⁶¹ Sentenza CGUE 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in cui la Corte giustificò una restrizione alla libertà di circolazione dei servizi sulla base della tutela della dignità umana.

potrà valutare se siano proporzionali e necessarie. In casi relativi a questioni sensibili, la Corte certamente lascerà un margine di discrezionalità più ampio agli Stati, ma dovrà esserci una *genuina* e *sostanziale* differenza tra le scelte normative degli Stati. Questo è requisito indefettibile perchè la restrizione possa dirsi necessaria: solo se il livello di protezione garantito a determinati interessi è considerato effettivamente differente la restrizione alla libertà di movimento può dirsi davvero necessaria. Nel caso di studio preso ad oggetto da van Leeuwen, costruito sul modello della vicenda Pretty, una cittadina inglese desidera porre termine alla propria esistenza nei Paesi Bassi, accompagnata dal marito, ma non può essere certa che, al ritorno nel Regno Unito, il marito non verrà processato. Ebbene, secondo van Leeuwen, perseguirlo penalmente sarebbe possibile solo «se il modo in cui i Paesi Bassi tutelano il diritto alla vita sia differente dal modo in cui il Regno Unito lo protegge», dovendosi pertanto comparare il Suicide Act e le linee guida del *DPP* con la normativa olandese in materia. Di conseguenza il margine di discrezionalità rimane, e rimane ampio, ma, nella lettura di van Leeuwen, una operazione di confronto tra le «scelte etiche» nazionali è obbligatoria: quello ipotizzato dall'autore è, in sostanza, un «test procedurale», che non richiede agli Stati membri di giustificare le loro scelte su questioni sensibili, ma che in ogni caso viene concepito come indefettibile. Certo, un problema ulteriore - non affrontato dall'autore - è quello relativo alla effettività di questo obbligo: nel concreto, quale forma dovrebbe assumere? E quali sanzioni dovrebbero (*rectius*, potrebbero) essere previste per il suo inadempimento? Una potenziale risposta potrebbe essere quella di un obbligo di motivazione rafforzato in capo al soggetto preposto ad applicare le restrizioni in questione - o a giudicare sulla loro legittimità.

La lettura offerta da van Leeuwen, sicuramente interessante, coglie in pieno l'oggetto di questo lavoro e forse da esso può ricevere un piccolo approfondimento. Si è già parlato in precedenza della disciplina europea della mobilità transfrontaliera dei pazienti: si vuole qui ricordare che essa pare coperta dalla libertà di circolazione dei servizi, la quale, nell'interpretazione della Corte di Giustizia, comprende anche la libertà di ricevere servizi. Ciò è stato affermato nella già citata sentenza Kohll, nella quale la Corte sanciva anche che il mancato rimborso da parte di un sistema sanitario nazionale può ben costituire una restrizione alla libertà di circolazione ex art. 56 TFUE⁶². Se è così, a maggior ragione questo deve valere nel caso in cui siano previste sanzioni penali per pratiche ricevute all'estero. Certo, se si va a confrontare il numero di italiani che, secondo i dati a disposizione, di anno in anno vanno in Svizzera per porre fine alla propria esistenza con quello degli individui condannati sulla base dell'art. 580 cp, l'effettività di questa norma va quantomeno messa in discussione. Tuttavia, la semplice possibilità che, una volta tornato in Italia, chi ha accompagnato l'aspirante suicida possa subire un processo può indubbiamente costituire un deterrente, il che può equivalere ad una

⁶² Si rimanda alla nota 7.

restrizione alla libertà di circolazione - specie considerata l'obbligatorietà dell'azione penale in Italia. Posto tutto ciò, quanto sostenuto da van Leeuwen relativamente al mercato interno si può applicare alla disciplina "speciale" della mobilità transfrontaliera dei pazienti. Nell'interpretazione della Corte di Giustizia, le «restrizioni» contenute nell'art. 56 TFUE devono essere giustificate da «motivi imperativi di interesse generale»: pertanto, fermo che le disposizioni in materia di circolazione dei pazienti non si applicano a pratiche non coperte dai servizi sanitari nazionali, la previsione di sanzioni quale quella disposta dall'art. 580 cp dovrebbe essere sottoposta ad un vaglio di proporzionalità e necessità. Nel nostro caso, secondo questa lettura, l'Italia sarebbe obbligata a dimostrare che il suo standard di protezione del bene vita è effettivamente differente da quello olandese, belga o lussemburghese. Naturalmente, trattandosi di una questione eticamente connotata, agli Stati membri sarebbe da concedersi una ampia discrezionalità e lo scrutinio della Corte non potrebbe mai essere troppo stringente. In sostanza, nulla di vincolante potrebbe essere loro imposto. Tuttavia, dall'altro lato, rimarrebbe obbligatorio il «test procedurale» di cui parla van Leeuwen, ossia un concreto ed effettivo confronto delle differenze normative e culturali tra Stati membri. Questo, nell'ambito della mobilità transfrontaliera dei pazienti, potrebbe essere agevolato dalle previsioni della Direttiva 2011/24. Essa, all'art. 6, introduce dei punti di contatto nazionali per l'assistenza sanitaria transfrontaliera che hanno il compito di fornire ai pazienti tutte le informazioni necessarie e, nel fare ciò, «cooperano strettamente tra di loro e con la Commissione», la quale è in questo «assistita da un comitato composto da rappresentanti degli Stati membri e presieduto dal rappresentante della Commissione», come sancisce l'art. 16 della Direttiva. Inoltre, l'art. 10 recita che «Gli Stati membri si prestano la mutua assistenza necessaria all'attuazione della presente direttiva», il che si concretizza in «standard e orientamenti di qualità e sicurezza e scambio di informazioni, soprattutto tra i punti di contatto nazionali» ed in accordi tra singoli Stati; questi sono «incoraggiati» dalla Commissione allo stesso modo delle reti di riferimento europee tra prestatori di assistenza sanitaria e centri di eccellenza, descritte dall'art. 12⁶³. In sostanza, la Direttiva 24/2011, che non avrebbe mai potuto ravvicinare le discipline nazionali, non rientrando il settore della salute nella competenza dell'Unione Europea, incentiva in vari modi gli Stati membri ad un confronto costruttivo che porti, auspicabilmente, ad un processo di armonizzazione per piccoli passi - ferma, sempre, la mancata estensione della Direttiva 24/2011 ai trattamenti non garantiti dai sistemi sanitari nazionali. Naturalmente

⁶³ Quanto alle potenziali implicazioni di questi strumenti messi a disposizione dalla direttiva, si rimanda di nuovo a L. BUSATTA, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, in *DPCE online*, n. 3/2015: «Ciò che, infine, costituisce, la vera sfida posta dalla direttiva, anche nel dibattuto territorio delle decisioni eticamente sensibili sui trattamenti sanitari, è la creazione di un circuito informativo, a presidio della libertà di scelta e di movimento dei pazienti. I punti di contatto nazionali (art. 6), istituiti in ciascuno degli Stati membri, funzionano da collettori di informazioni sulle prestazioni mediche disponibili e sulle modalità di accesso alle stesse per i pazienti. Essi devono poter fornire alle persone ogni dato relativo alle condizioni o alle restrizioni per ottenere un determinato trattamento sanitario sul territorio nazionale; devono inoltre cooperare fra loro e con la Commissione, in modo tale da creare una vera e propria rete di informazioni sull'assistenza sanitaria nel territorio dell'Unione Europea. In questi termini, pare che – a prescindere dalle decisioni interne di ciascuno Stato membro – si stiano ponendo le basi per la creazione di un vero e proprio diritto all'informazione nel campo sanitario».

non c'è nulla di vincolante in tutto ciò, ma queste forme di dialogo potrebbero rappresentare un (ulteriore) elemento di influenza sulle *policies* nazionali in materia sanitaria.

5. Conclusioni

In conclusione, molteplici possono essere le influenze provenienti dal panorama sovranazionale in materia di assistenza al suicidio, ma, appunto, di sole influenze si tratta. Consiglio d'Europa ed Unione Europea non potrebbero - né vorrebbero - imporre una lettura vincolante su una questione tanto controversa e dibattuta. Di conseguenza, quanto al caso di cui ci stiamo occupando, sembra che lo spazio di manovra sia da riservarsi interamente alla discrezione della Corte costituzionale. Abbiamo già accennato quanto i giudici delle leggi, specie negli ultimi decenni, siano sempre più "giudici dei diritti" e pare che anche in questa circostanza la Consulta dovrà rivestire questo ruolo. Con l'udienza fissata per il prossimo 23 ottobre, quali potrebbero essere i prossimi risvolti per questa vicenda giuridica e per l'art. 580 cp? Nel tentare di fornire una possibile risposta a tale interrogativo, vanno tenuti in conto alcuni elementi sopravvenuti. Circa un mese fa Marco Cappato, insieme a Mina Welby, è stato rinviato a giudizio per assistenza al suicidio di Davide Trentini, morto in Svizzera nell'aprile del 2017; anche in questo caso vi era stata una autodenuncia dei due esponenti dell'Associazione Luca Coscioni, la cui udienza preliminare è stata fissata per il 31 maggio 2018 davanti al Tribunale di Massa. Al contempo, il Governo italiano ha preso la decisione di costituirsi parte civile davanti alla Corte costituzionale per difendere l'art. 580 cp: va sottolineato, tuttavia, come il Ministero della Giustizia abbia motivato la costituzione con il timore che «la dichiarazione di incostituzionalità secca dell'articolo 580 potrebbe lasciare impunte condotte che nulla hanno a che fare con la tematica del rispetto delle volontà dei malati terminali»⁶⁴, non precludendo - anzi, menzionando espressamente - la possibilità di una sentenza interpretativa di rigetto che fornisca una lettura costituzionalmente orientata della norma.

Come sottolineato dalla Corte d'Assise di Milano, inoltre, non va ignorata l'innovazione portata nel nostro ordinamento dalla legge 219/2017, rubricata «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento». Fermo che questa normativa non ha legittimato pratiche di omicidio del consenziente o assistenza al suicidio, anche se si ritenesse eccessivamente estensiva l'interpretazione della Corte d'Assise, che vi ha letto la libertà di una persona «di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza», deve rimanere incontestato il carattere di novità del divieto di ostinazione irragionevole nelle

⁶⁴http://milano.repubblica.it/cronaca/2018/04/03/news/di_fabo_governo_si_costituisce_consulta_legittimita_costituzionale_reato_aiuto_al_suicidio-192859430/ (ultimo aggiornamento 03/04/2018).

cure⁶⁵. Nel frattempo, sembra che l'opinione pubblica si stia orientando in una certa direzione: secondo un sondaggio promosso da SWG, circa il 74% degli italiani sarebbe favorevole alla legittimità di pratiche di suicidio assistito⁶⁶; non va poi dimenticato l'appello che chiedeva al Governo di non intervenire davanti alla Consulta ed otteneva in pochi giorni circa 15.000 firmatari⁶⁷. Questo elemento di carattere - per così dire - sociale potrebbe essere preso in considerazione dalla Consulta in una questione che riguarda tanto da vicino la sfera più intima degli individui. La Corte costituzionale, difatti, non di rado ha dimostrato attenzione per argomentazioni di tale caratura: un esempio, ad opinione di chi scrive, è costituito dalla considerazione per la «discriminazione economica» nell'ambito della già citata sentenza 162/2014; e certo questo elemento potrebbe tornare nella analisi della Corte sull'art. 580 cp, considerato quanto già detto sull'entità dei costi per pratiche di suicidio assistito all'estero in capo a soggetti che potrebbero chiedere l'interruzione dei trattamenti vitali in Italia se questo fosse sufficiente a porre termine alla loro esistenza - o non fosse eccessivamente doloroso. A tal proposito, il costringere tali soggetti a spostarsi fuori dai confini nazionali per ottenere l'assistenza al suicidio, unito alla eventualità di una sanzione penale non di poco conto per chi dovesse accompagnarli, potrebbe significare costringerli ad andare a morire in completa solitudine - o a rinunciare a porre fine alle proprie sofferenze, se non dovessero avere la possibilità materiale di spostarsi in autonomia.

Al contempo, non va trascurato un altro elemento cruciale. Come più volte sottolineato, la materia di cui ci occupiamo è particolarmente sensibile e personale: in quanto tale, è difficile immaginare un intervento invasivo da un organo solo in parte - e solo indirettamente - caratterizzato da legittimazione democratica. Non è impensabile che il reato di assistenza al suicidio sia dichiarato integralmente incostituzionale dalla Corte; è già accaduto in altri Paesi (pensiamo alla Colombia⁶⁸ o al Canada⁶⁹); certo, è piuttosto improbabile. Una soluzione di questo genere da parte della Corte rischierebbe difatti di essere percepita come una eccessiva esautorazione delle competenze dell'organo rappresentativo, che per sua stessa natura dovrebbe essere il più indicato per dirimere dibattiti presenti nella coscienza sociale. In un ambito tanto delicato, sembra plausibile che la Consulta riconosca ampio margine alla discrezionalità del Parlamento e non vada a

⁶⁵ Si riporta qui il testo dell'art. 2 della legge 219/2017, comma secondo: «Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente». Per un commento alla norma e, più in generale, alla legge si rimanda a *Forum: La legge n. 219 del 2017*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018; in particolare, per una definizione di «sedazione palliativa profonda» si rimanda, all'interno della selezione di testi, a P. MORINO, *L'articolo 2 nella prospettiva della medicina palliativa*.

⁶⁶ https://www.termometropolitico.it/1247245_sondaggi-politici-sulleutanasia-74-degli-italiani-swg-favorevole.html (ultimo aggiornamento 02/03/2017)

⁶⁷ http://milano.repubblica.it/cronaca/2018/03/29/news/dj_fabo_appelloAssociazioneCoscioniFirme-192521409/ (ultimo aggiornamento 29/03/2018)

⁶⁸ Corte costituzionale colombiana, sentenza del 20 maggio 1997, C-239/97.

⁶⁹ Corte Suprema canadese, sentenza del 6 febbraio 2015, 2015 SCC 5.

sostituirsi ad esso con quello che, sostanzialmente, sarebbe un intervento innovativo dal punto di vista normativo. D'altronde, ciò è quanto è successo piuttosto di recente con riferimento ad alcune norme della legge 40/2004 indiziate di illegittimità costituzionale⁷⁰.

A chi scrive sembra dunque altamente improbabile una pronuncia di incostituzionalità in radice dell'art. 580 cp. Dall'altro lato, si ritiene anche che la Consulta non possa essere completamente sorda alle istanze nazionali e sovranazionali che sembrano pian piano estendere lo spazio di movimento del principio di autodeterminazione ai danni di una affermazione radicale della sacralità del bene vita. Non secondarie potrebbero rivelarsi considerazioni sulla cornice edittale prevista dal delitto di assistenza nel suicidio - decisamente elevata, anche in ottica comparatistica, e che non opera distinzioni fra condotte di determinazione, istigazione ed assistenza. Pare, a chi scrive, interessante perciò la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 cp, considerata anche la prospettazione, da parte del Ministero della Giustizia, di una sentenza interpretativa di rigetto. Quel che è certo è che la pronuncia della Consulta costituirà, in ogni caso, un tassello fondamentale nella storia di questa disciplina. In attesa del 23 ottobre 2018, si può solo auspicare che la Corte sia lungimirante e ferma nell'individuare tutti gli interessi concretamente in gioco e nell'apprestarne una adeguata tutela.

Appendice al 10 novembre 2018

Con un proprio comunicato del 24 ottobre 2018, la Corte Costituzionale ha affermato l'esistenza di un vuoto normativo nell'attuale assetto normativo concernente il fine vita, lasciando un anno di tempo al Parlamento per intervenire e rinviando dunque la trattazione della questione di costituzionalità sull'articolo 580 del codice penale all'udienza del 24 settembre 2019⁷¹. Le questioni che si sono tentate di illustrare in questo lavoro rimangono dunque aperte, seppure già tale decisione appaia come una presa di posizione potenzialmente storica. Appare interessante a chi scrive tracciare un parallelismo con la sopra citata sentenza *Carter v. Canada*⁷²: seppure la pronuncia fosse di incostituzionalità del reato di assistenza al suicidio, anche la Corte Suprema canadese ha dato, in tale occasione, un anno di tempo al Parlamento per modificare la

⁷⁰ Il riferimento va alla sentenza 84/2016 della Consulta: «A fronte, dunque, di [...] una scelta [...] divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea – la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto [...] È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte».

⁷¹ https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20181024184707.pdf (ultima consultazione 24/10/2018).

⁷² Si rimanda alla nota 69.

disciplina (rinviando così l'implementazione della sentenza stessa, con l'eccezione del caso della ricorrente). Per il momento, non resta dunque che attendere di scoprire se e come il legislatore deciderà di intervenire; quel che è certo è che questa decisione va a costituire un nuovo tassello nella sempre più lunga e travagliata storia della disciplina delle *end-of-life decisions* in Italia.